

احقاق شخصی حق

(نقد واداکری)

دکتر عبداله رجبی

استادیار دانشگاه تهران

(پرویس فارابی)



سرشناسه،	رجبی، عبدالله، ۱۳۶۰
عنوان و نام پدیدآور،	احقاق شخصی حق (خوددادگری) / عبدالله رجبی.
مشخصات نشر،	تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
مشخصات ظاهری،	ص. ۴۵۰
شابک،	
وضعیت فهرست‌نویسی،	فیبا
یادداشت،	کتابنامه: ۴۳۵
عنوان دیگر،	خوددادگری
موضوع،	احقاق شخصی حق
ژانسه افزوده،	شرکت سهامی انتشار
هبدی کنگره،	۱۳۹۳ الف ۳/۳۸۶۵
رده‌بندی دیویی،	۳۴۶/۴۵
شماره ثبت کتاب،	۲۵۳۱۳۰۹

احقاق شخصی حق

(خوددادگری)

لیف دکتر عبدالله رجبی

ناشر: شرکت سهامی انتشار

چاپ اول: ۱۳۹۳

چاپخانه جباری: ۱۱۰۰ نسخه

توم: ۳۵۰۰



شرکت سهامی انتشار

دفتر مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نرسیده به میدان بهارستان، جنب خیابان ملت، شماره ۹۲

کدپستی: ۱۱۴۳۹۶۵۱۱۸ تلفن: ۳۳۹۰۴۵۹۲ دورنگار: ۳۳۹۷۸۸۶۸

WWW.ENTESHARCO.COM Email: info@entesharco.com

نروشگاه شماره ۱: تهران خیابان جمهوری اسلامی، نبش خیابان ملت، شماره ۹۲، تلفن: ۳۳۱۱۴۰۴۴

نروشگاه شماره ۲: تهران، میدان انقلاب، بازارچه کتاب، تلفن: ۶۶۴۱۳۸۴ دورنگار: ۶۶۹۶۷۱۰۴

با تشکراز:

استادانم که با اشاره به حتم کوچک خود، درهای بزرگی را در
مسیر یادگیری برویم گشودند.
همسرم که یاری اش در گردآور و جمع دیدگاه غربت، از مرز همدلی
گذشت و رنگ همکاری گرفت؛
دوستانم که بی آنکه بدانند، مقدمات نگارش این نوشته را با
همراهی های خویش فراهم آوردند.

تقدیم به:

آنانی که برای سربلندی و آبادانی وطن کوشیده اند: استادان عزیز
روح بلند پدرم؛
مادرم.

فهرست مطالب

۱۳	مقدمه
۲۱	بخش نخست: بنیادهای خودداری
۲۳	فصل نخست: مفهوم خوددادگری
۲۳	گفتار نخست: تعریف خوددادگری
۲۳	مبحث نخست: تعیین مفهوم
۲۶	بند نخست: مسایل لفظی
۲۷	بند دوم: نقل تعاریف پیشین
۳۰	بند سوم: ارایه تعریف
۳۳	مبحث دوم: مصادیق کلی خوددادگری
۳۴	بند نخست: دفاع مشروع
۳۴	بند دوم: اقدام از روی اضطرار
۳۹	بند سوم: احقاق شخصی حق
۴۱	بند چهارم: تشخیص مصادیق خوددادگری
۴۳	گفتار دوم: توصیف خوددادگری
۴۳	مبحث نخست: جایگاه خوددادگری
۴۴	بند نخست: وسیله دفاع در دادرسی
۴۴	بند دوم: وسیله تأمین حق

۴۵	بند سوم: وسیله اجرای اجباری تعهد
۴۶	بند چهارم: وسیله جبران خسارت
۴۷	بند پنجم: راه وصول به حق
۵۰	مبحث دوم: اصل قدرت انحصاری دولت
۵۰	بند نخست: مفهوم اصل
۵۶	بند دوم: قلمرو اصل
۶۰	مبحث سوم: حدود اراده در خوددادگری
۶۰	بند نخست: مفهوم حق و تکلیف
۶۴	بند دوم: موقعیت خوددادگری
۶۷	مبحث چهارم: نمایندگی در خوددادگری
۶۸	بند نخست: توکیل پذیری اقدام شخصی
۶۹	بند دوم: اشکال نمایندگی
۷۳	بند سوم: سبب جمع
۷۵	مبحث پنجم: پیگیری و جبران در خوددادگری
۷۵	بند نخست: اقدامات شخصی شگیرانه
۷۷	بند دوم: اقدامات شخصی حاکمیتی
۷۷	بند سوم: اقدامات شخصی تلافی
۷۹	بند چهارم: اثر تقسیم بندی
۸۱	فصل دوم: میانی خوددادگری
۸۱	گفتار نخست: میانی تاریخی
۸۳	مبحث نخست: وضع طبیعی بشر (بدویت)
۸۷	مبحث دوم: وضع اجتماعی بشر (مدنیت)
۸۷	بند نخست: ضرورت خوددادگری در جامعه مدنی
۸۹	بند دوم: سیر خوددادگری در جامعه مدنی
۹۲	بند سوم: وضع کنونی خوددادگری در جامعه مدنی
۹۳	مبحث سوم: دوره جدید
۹۷	گفتار دوم: میانی فلسفی حقوقی خوددادگری
۹۸	مبحث نخست: طرفداران حقوق تحقیقی
۱۰۰	مبحث دوم: طرفداران حقوق طبیعی
۱۰۴	مبحث سوم: طرفداران نظریه حق ها
۱۱۱	مبحث چهارم: فایده گرایان
۱۱۵	فصل سوم: ارزیابی خوددادگری

۱۱۷	گفتار نخست: مواضع مخالفان خوددادگری
۱۱۸	مبحث نخست: مضرات اجتماعی
۱۱۸	بند نخست: تهدید نظم عمومی
۱۲۱	بند دوم: ایجاد هرج و مرج
۱۲۳	مبحث دوم: مضرات فردی
۱۲۷	مبحث سوم: نقض قواعد
۱۲۸	گفتار دوم: مواضع موافقان خوددادگری
۱۲۸	مبحث نخست: مزایای مطلق
۱۲۸	بند نخست: اقبال عرف
۱۲۹	بند دوم: هدایت جامعه به سوی قانونمداری
۱۳۱	بند سوم: کمک به آشنایی پایدار
۱۳۲	بند چهارم: تسهیل روند مندی آزادی افراد
۱۳۳	بند پنجم: پیشرفت و رفاه
۱۳۴	مبحث دوم: مزایای نسبی
۱۳۵	بند نخست: پر نمودن خلأ قانونی رسمی
۱۳۶	بند دوم: تسریع در رسیدن به حق و عدالت
۱۳۹	بند سوم: مؤثرترین و متناسب‌ترین راه رسیدن به حق
۱۴۰	گفتار سوم: توجیه خوددادگری
۱۴۱	مبحث نخست: خوددادگری و جامعه مدنی
۱۴۴	مبحث دوم: خوددادگری و حاکمیت قانون
۱۴۵	مبحث سوم: خوددادگری و دادرسی رسمی
۱۴۷	مبحث چهارم: نتیجه

بخش دوم: احقاق شخصی حق در نظام حقوقی ایران

فصل نخست: منابع مشروعیت احقاق شخصی حق

۱۴۷	گفتار نخست: حقوق اسلام
۱۵۱	مبحث نخست: مصداق‌ها
۱۵۶	بند نخست: قاعده اعتداء
۱۵۷	بند دوم: مقاصد
۱۶۰	بند سوم: امر به معروف و نهی از منکر
۱۶۰	مبحث دوم: مبانی
۱۶۰	بند نخست: مبانی نقلی

۱۶۳	مبدا دوم: مبانی عقلی
۱۶۵	گفتار دوم: حقوق موضوعه
۱۶۶	مبحث نخست: رویکرد قانون‌گذار ایرانی
۱۶۸	مبحث دوم: غصب
۱۶۹	مبحث سوم: عقد کفالت
۱۷۳	مبحث چهارم: سایر موارد
۱۷۹	مبدا دوم: مصداق‌های احقاق شخصی حق
۱۸۰	گفتار نخست: حق شخصی
۱۸۳	گفتار دوم: حق عینی
۱۸۵	مبحث نخست: تصرف نامشروع
۱۹۰	مبحث دوم: ممانعت از حق
۱۹۲	مبحث سوم: امت
۱۹۷	گفتار سوم: غصب
۲۰۰	مبحث نخست: اقدامات مبتنی بر قانون
۲۰۰	بند نخست: حق تحلیل مربوط
۲۰۰	الف. جایگاه و مفهوم حق تحلیل
۲۰۴	ب. آثار اعمال حق حبس
۲۰۸	بند دوم: بازفروش مبیع
۲۰۹	الف. بازفروش در نظام‌های حقوقی
۲۱۶	ب. بازفروش در نظام حقوقی ایران
۲۱۸	بند سوم: گروکشی
۲۱۸	الف. هبانی گروکشی
۲۱۹	ب. تحلیل مصادیق گروکشی
۲۲۲	بند چهارم: خوددادگری در عقد اجاره
۲۲۲	الف. اقدامات موجر
۲۲۴	ب. اقدامات مستأجر
۲۲۵	مبحث دوم: اقدامات مبتنی بر اراده
۲۲۶	بند نخست: فروش وثیقه
۲۲۹	بند دوم: سایر موارد
۲۳۰	گفتار چهارم: حقوق عمومی
۲۳۰	مبحث نخست: اقدام برای حق عمومی
۲۳۳	مبحث دوم: اقدام علیه نهادهای رسمی

۲۳۶	مبحث سوم: اقدام از جانب نهادهای رسمی
۲۳۹	گفتار پنجم: حقوق فکری و دنیای مجازی
۲۴۰	مبحث نخست: حق فکری
۲۴۰	بند نخست: قواعد کلی حق فکری
۲۴۳	بند دوم: نرم افزارهای رایانه‌ای
۲۴۷	بند سوم: شرایط احقاق شخصی حق فکری
۲۴۹	مبحث دوم: دنیای مجازی
۲۵۵	فصل سوم: مفاهیم مشابه
۲۵۵	گفتار نخست: حقوق خصوصی
۲۵۶	مبحث نخست: تعاریف
۲۵۶	بند نخست: سبب ملط مفهوم
۲۵۸	بند دوم: وجه تمایز
۲۶۰	مبحث دوم: اداره امور فکری
۲۶۰	بند نخست: تعیین قلم
۲۶۳	بند دوم: وجوه تمایز
۲۶۶	مبحث سوم: ایقاع
۲۶۸	مبحث چهارم: قرارداد
۲۷۱	مبحث پنجم: روش‌های خصوصی حل و فصل اختلاف
۲۷۲	گفتار دوم: سایر گرایش‌های حقوقی
۲۷۲	مبحث نخست: حقوق عمومی
۲۷۲	بند نخست: نافرمانی مدنی
۲۷۵	بند دوم: امر به معروف و نهی از منکر
۲۷۸	مبحث سوم: حقوق بین‌الملل
۲۸۱	مبحث چهارم: حقوق جزا
۲۸۱	بخش سوم: اقدام شخصی و آثار آن
۲۸۷	فصل نخست: زمینه اقدام شخصی
۲۸۹	گفتار نخست: وجود حق (دعوا)
۲۹۲	مبحث نخست: مفهوم حق (دعوا)
۲۹۴	بند نخست: دعوی فقهی
۲۹۶	بند دوم: دعوی حقوقی
۲۹۷	بند سوم: دعوی واجد اقدام شخصی

- ۲۹۸ بند چهارم: محتوای دعوای اقدام شخصی
- ۳۰۱ مبحث دوم: شرایط حق (دعوا)
- ۳۰۱ بند نخست: نفع
- ۳۰۲ بند دوم: مشروعیت
- ۳۰۴ بند سوم: قابلیت اجرا
- ۳۰۶ بند چهارم: تعیین و تنجیز
- ۳۱۰ گفتار دوم: ضرورت
- ۳۱۱ مبحث نخست: در خطر بودن حق شخصی
- ۳۱۱ بند نخست: ویژگی‌های خطر
- ۳۱۵ بند دوم: ارزیابی خطر
- ۳۱۷ بند سوم: اراد تردید
- ۳۱۷ الف. خطا بودن دلیل
- ۳۱۸ ب. در خطر بودن دیر و وثیقه
- ۳۱۹ ج. ورشکستگی مدعی
- ۳۲۱ مبحث دوم: نقش ضرورت
- ۳۲۱ بند نخست: عمل طرف مقابل
- ۳۲۴ بند دوم: اقدام به زیان خویش
- ۳۲۵ گفتار سوم: نبود حمایت رسمی
- ۳۲۶ مبحث نخست: مفهوم و شرایط حمایت رسمی
- ۳۲۷ بند نخست: مفهوم
- ۳۲۹ بند دوم: شرایط
- ۳۳۱ بند سوم: ضرورت حمایت دولتی
- ۳۳۳ بند چهارم: جایگاه در حقوق اسلام
- ۳۳۷ مبحث دوم: نقش نهادهای رسمی در موضوع اقدامات شخصی
- ۳۳۸ بند نخست: مفهوم رسیدگی
- ۳۳۹ بند دوم: سلسله مراتب رسیدگی
- ۳۴۱ بند سوم: رابطه اقدام شخصی و حکم دادگاه
- ۳۴۵ فصل دوم: شرایط اقدام شخصی
- ۳۴۶ گفتار نخست: شیوه اقدام شخصی
- ۳۴۶ مبحث نخست: اصل بی‌نیازی از تشریفات
- ۳۵۱ مبحث دوم: الزامات اقدام‌کننده
- ۳۵۱ بند نخست: اخطار

۳۵۴	بند دوم: رعایت سلسله مراتب
۳۵۹	بند سوم: رعایت تناسب
۳۶۳	بند چهارم: رعایت قواعد امری
۳۶۸	بند پنجم: رعایت زمان و مکان اقدام
۳۷۰	مبحث سوم: نقش خشونت و قهر
۳۷۳	گفتار دوم: ملزومات اقدام شخصی
۳۷۳	بحث نخست: قصد احقاق شخصی حق
۳۷۷	بحث دوم: ابزار احقاق شخصی حق
۳۷۸	بند نخست: اخذ مال
۳۸۴	بند دوم: صلح و اتلاف مال
۳۸۵	بند سوم: دفاع همگام با مقاومت طرف
۳۸۶	بند چهارم: الزامات بازکار
۳۸۷	مبحث سوم: سایر موارد
۳۸۷	بند نخست: وضعیت مال در دعوا
۳۸۹	بند دوم: تعدد طرفین دعوا
۳۹۰	بند سوم: تقاض از اموال ثالث
۳۹۳	فصل سوم: آثار اقدام شخصی
۳۹۴	گفتار نخست: ارزیابی قضایی اقدام
۳۹۵	مبحث نخست: بررسی صلاحیت قضایی در اقدام شخصی
۳۹۵	بند نخست: توجیه ارزیابی
۳۹۶	بند دوم: ارزیابی قضایی در نظام‌های حقوقی
۳۹۸	بند سوم: استثنائات ارزیابی
۳۹۹	بند چهارم: ارزیابی فقهی تقاض
۴۰۱	مبحث دوم: شیوه رسیدگی دادگاه
۴۰۱	گفتار دوم: مسئولیت ناشی از اقدام
۴۰۲	مبحث نخست: توجیه مسئولیت
۴۰۴	مبحث دوم: فروض مسئولیت
۴۱۰	بند نخست: مسئولیت طرف مقابل
۴۱۱	بند دوم: مسئولیت اقدام‌کننده
۴۱۱	الف. اشتباه
۴۱۴	ب. تجاوز از حدود
۴۱۵	ج. تقصیر

۴۱۹	د. سوء استفاده از حق
۴۲۲	بند سوم: زیان به دیگران
۴۲۳	مبحث سوم: اثبات
۴۲۴	مبحث چهارم: هزینه‌های اقدام شخصی

۴۲۷

۴۳۵

نتیجه

فهرست منابع

www.ketab.ir

«تقصای به قیامت نمی ماند»

مقدمه

در ابتدای سخن از «خود اداری»، ناخودآگاه، ذهن در پی معانی مرتبط با «خود»، مثل خودخواهی، خودپسندی و از همه شتر، خودسری می رود. اصطلاحاتی که در عرف زبانی ما معنای منفی دارند تا حدی، این تداعی، تنها منحصر به لفظ و رایج میان عوام نیست؛ بلکه حاکم بر مفهوم رایج در میان قوی داناتان نیز هست. پس، هرگاه به این معنا می رسیم، بعد از تحمل مقاومت اهل «قانون»، تو را بعد کردن آنان را می یابیم.

این مقاومت، به طور کلی، نادرست نیست و دلایل گوناگون دارد. یکی از آنها، نوع نگرش به قانون و حقوق است؛ اگر بخواهیم همه را احکامات حقوقی را در قانون بیابیم، ناچار باید تنها اقداماتی را در نظام حقوقی بپذیریم که قانون روا داشته و نیز تنها به شیوه مطرح در آن عمل کنیم و هر ابتکاری را نفی کنیم. در این، سابقه موضوع در تاریخ حقوق، به ویژه مباحث فقهی و مثالهای مذکور در آن، به دلایل ناپسند دانستن خوددادگری در جامعه حاضر و عصر کنونی است؛ از ساهای کتاب تهی چنین برمی آید که فقهای ما کمتر دغدغه نظم عمومی جامعه را در مطالعاتی هادند و موضوع تقاص داشته اند و بی پروا، احقاق شخصی حق را جدا از آنکه قلافی جریانده باشد یا آشوب بیافریند، نیکو پنداشته اند. بنابراین، مقاومت در برابر احقاق شخصی حق مبتنی بر طرز نگاه به حقوق و تجربه مان از متون تاریخی آن است.

بر بنیاد آنچه گفتیم، هرگاه حقی انکار یا بدان تجاوز شد، با بستی رسیدگی را به «نهادهای رسمی» سپرد. تنها آنان حق و توان حل اختلاف را دارند و می توانند مفاد حق را اجرا کنند و اقدام خودسرانه صاحب حق ممنوع است. سخن گفتن از این معنی، که پیش فرض ذهن حقوق دانان و حتی غیر آنان است، دشوار نیست؛ ولی عمل به آن هم،

همیشه آسان نیست. گاهی اقدام از طریق نهادهای رسمی، نه تنها سبب ازدیاد هزینه رسیدن به حق، که موجب پایمال شدن آن است. پس، گرفتن تصمیم درباره حق و اجرای آن، به دست فرد عادی، دست کم در مواردی، ناشایست نیست.

اندیشیدن در معنای گسترده خوددادرگری و شمول آن بر همه انواع اقدامات فردی موجود در جامعه، تردیدها را کمتر می‌کند. روزانه با افعال شخصی گوناگون و معمولی روبرو هستیم که معنایی جز خوددادرگری ندارد. باین حال، اصل و هسته بحث درباره مسائل است که به خودی خود و ذاتاً خطاست و با شرایط خاصی مشروعیت می‌یابد. یعنی خوددادرگری از نظر ما، اقدام به اعمال عمدتاً زیان‌باری است که برای تأمین هدف بر اثر اقدامات مشروعیت می‌یابد. بنابراین، کار ما محدود به یافتن راهی برای حل تعارض منافع با ساختار حقوقی است.

بازی، بهانه‌ای پیش رو دارید، نمی‌خواهد از «قانون جنگل» بگوید و از حکومت آف قلم بر مسائل کنونی حمایت نمی‌کند. ما نمی‌خواهیم نظام حقوقی را که ساخته مسالین سر تاجیه و افکار بلند بشر است، براندازیم و «عصیان» را درست بشماریم. بلکه می‌خواهیم به «ادریم» فرد» در کنار «دولت» نیز درون نظام حقوقی «حق» دارد امری را «اجرا» کند. در امور «تصمیم» بگیرد. می‌خواهیم بگوییم که حقوق، مقهور دولت نیست و به شایستگی برخی لوازم آن، می‌توان هر شیوه‌ای را برای رسیدن به حق برگزید و شیوه به‌یادمانده از قانون و روش در پیش‌گرفته‌ی نهادهای رسمی تنها روش درست رسیدن به حق و بازی گاهی، بهترین نیست. بنابراین، باید نقش فرد در ساختن نظام حقوقی که در آن بازی، کاربرد و این ممکن نیست جز با شناسایی حق اقدام فرد، به میل خویش در درون نظام حقوقی.

نباید حقوق را منحصر در دولت نمود. بایستی از مناسباتی که به این عامل نظم و عدالت نگریست تا بتوان رخدادهای واقعی نظام حقوقی را در نظر گرفت. لزوم اجرای عدالت، دادگری شخصی را توجیه می‌کند و سودای رسیدن به عدالت حاکم بر نظم دادگری از راه نهادهای دادگستری است، به‌طوری‌که حتی در مواردی، اقدام شخصی سبب تحقق نظم ماندگار است.

برای مطالعه خوددادرگری نیازمند ابزارهای علمی گوناگون هستیم و بایستی از هر درخت میوه مناسب را چید. این مطالعه نه مختص به مسایل شکلی حقوق است و نه محدود به مسایل ماهوی آن؛ هم‌چنانکه با آیین دادرسی مرتبط است، به حقوق مدنی، کیفری و حتی فلسفه حقوق و جامعه‌شناسی آن هم ربط دارد؛ اما بحث بیشتر رنگ حقوق خصوصی و فلسفه آن را دارد. در راه این مطالعه نیز باید دانست که برای کاوش

در هر موضوع، بایستی آن را خوب شناخت. برای شناخت آن هم باید از «نخست» شروع کرد و سابقه آن را دانست و باید از «هیچ» شروع نمود و حکمت آن را فهمید. بنابراین، موضوع خوددادگری نیز از جمله موضوعات خطیر، اما استثنایی است که می‌توان با یاری گرفتن از دانش، برایش قاعده ساخت و مواد خام مطالعات حقوقی را به یاری دانش‌های دیگر فراهم کرد.

برای توضیح بیشتر، مطالعه خوددادگری، نگرش جدیدی به نظام حقوقی است. نگرشی که با چشم‌اندازهای متعارف متفاوت است. برشی جدید از نظام حقوقی است که در پی مستلزم آگاهی کامل از تمام زوایای نظام به شیوه متعارف است. به عبارت دیگر، همان‌طور که نظام حقوقی سستی در پی قدرت دولت شکل گرفت، نظام حقوقی مبتنی بر خوددادگری یا دست کم نظام حقوقی که در آن خوددادگری را به رسمیت می‌شناسد، نیازمند همان‌قدر کار تحقیقی و عملی است؛ یعنی، همه مسایل مطروحه در نظام حقوقی پیش‌بینی‌نشده در نظام حقوقی جدید نیز طرح شود. در نتیجه، در راه مطالعه خوددادگری باید به سختی به مطالب ذیل هستیم:

۱. منشأ تاریخی و چگونگی اجرای شخصی حق در گذشته، در کنار مبانی فلسفی آن (برای دریافت مبانی عقلی مبانی)؛
۲. مبانی حقوقی و فنی (برای توجیه قانونی مثل نقص عملکرد دادگاه‌ها و فواید آن)؛

۳. تحلیل پاره‌ای از مصادیق خوددادگری؛

۴. بیان چگونگی اجرای شرایط خوددادگری (اقدام شخصی)؛

۵. آثار خوددادگری و مطالعه مسؤولیت ناشی از آن؛

بر این اساس، مطالب آینده را، بر مبنای دو پایه اساسی (تقسیم‌بندی نظری و عملی؛ و سپس، تقسیم‌بندی کلی به جزئی) به سه بخش تقسیم می‌کنیم. در بخش نخست، به مبانی فکری خوددادگری و توجیه آن می‌پردازیم. این بخش نسبت به بخش دیگر، رویکرد فکری و قلمروی گسترده دارد؛ چرا که هم شامل مباحث خارج از عرف متعارف مطالعات حقوقی است که بنیادهای حقوق را تشکیل می‌دهد و هم بیشتر به مبانی خوددادگری، که دایره وسیع‌تر از احقاق شخصی حق دارد، می‌پردازد. در بخش دوم، به جایگاه احقاق شخصی حق در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم و ویژگی‌های حقوقی آن را مشخص می‌سازیم. در بخش سوم، پیش‌تر رفته و به هسته اصلی خوددادگری و احقاق شخصی حق، یعنی عمل اقدام‌کننده یا اقدام شخصی می‌پردازیم و شرایط و آثار حقوقی این پدیده را بررسی می‌کنیم. در دل این مباحث، به همه

پاسخ‌های مربوط به احقاق شخصی حق از نظر مبنای حقوق، جایگاه و نیز شرایط و آثار پاسخ می‌دهیم.

بدیهی است که کاری بدون ایراد و نقص نخواهد بود؛ اثر حاضر نیز خارج از این قاعده نیست. بنابراین، نویسنده بسیار خرسند خواهد شد، اگر از نظرات و پیشنهادهای خوانندگان این کتاب از طرق مختلف، به ویژه از طریق ایمیل^۱ مطلع شود.

بیش از هر چیز لازم است که از زحمات استادان عزیز، آقایان دکتر عباس کریمی، دکتر حسن جعفری‌تبار و دکتر مجید غمامی که در نگارش این متن، که رساله دکتری این باب در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران بوده است، همکاری لازم را ارباب داد و تشکر نمایم.

گفتار در روش

از خواسته‌های جامعه حقوق ایران، مراجعه به منابع فقهی در مطالعات حقوقی و سازگار کردن متون و دست‌رشد های حقیقی خود با حقوق اسلام است. برای رجوع به متون فقهی در نگارش می‌توان تعریف کرد. هرگاه فقه را سنت حقوقی کشورمان بدانیم، وظیفه ملی هر یک از وقدان ایرانی است، تا برای حل معضلات، بیشتر بر راه حل‌های تاریخ بوم خویش تکیه کنند. ما اگر نگاهمان به موضوع، تحلیل تخصصی فقه باشد و آن را بخشی از شریعت محکم بر کشور انگاریم، خواسته مزبور از «حقوق‌دان» موجه نیست. چرا که در اینجا، فقه جزو شریعت است و آشنایی بدان، به ویژه استفاده از آن در متون، علاوه بر اینکه نیازمند مهارت‌های خاص است، جهان‌بینی خاصی را می‌طلبد که ممکن است هر حقوق‌دانی واجد آن نباشد. چرا که در تعریف دانش فقه گفته‌اند که دانستن دلایلی است که برای تعیین مواضع ملی ما در برابر شریعت، در هر رویدادی می‌توان آورد یا علم استنباط احکام شرعی است.^۲ بنابراین، شرایط استنباط فقهی لازم‌الاتباع، برای خود یا سایر مسلمانان، نیازمند وجود شرایطی در «شخصیت» محقق و «روش» تحقیق است. محقق بایستی مجتهد باشد و جست‌وجوی ملکه ذهن او گردد و واجد جهان‌بینی اسلامی باشد. روش تحقیق نیز بایستی بر قالب «اصول فقه» باشد و از چهار منبع به طریق خاص مستنبط شود.

در مطالعات فقهی فقها تجارب روزانه خویش و مسایل حقوقی متعارف میان مردم را در قالب منابع فقه ریخته و با سنجه آن منابع چهارگانه، احکام مسایل را کشف

۲. سید محمدباقر صدر، همراه با تحول اجتهاد، ترجمه اکبر ثبوت، ص. ۲۲.

نموده‌اند. برای مثال، آنچه که درباره روش‌های رسیدن به حق در میان مردم معمول بوده، می‌شناخته و مثلاً ابزار تقاص را در انطباق با قرآن، حدیث، اجماع یا عقل فقهی خویش می‌سنجیدند و بر مشروعیت آن شیوه، صحه می‌گذاشتند یا حکم به بطلان آن می‌دادند. همچنین اصولاً به سبب نزدیکی زمینه نزول احکام شرعی، به ویژه شیوه زندگی پیشوایان دینی با عصر فقها، صدور احکام فقهی نامبرده نیازمند تأویلات کمتری بود، به گونه‌ای که برخی مسایل فقهی آن‌زمان عیناً در منابع آمده است. تنها در این راه می‌توان تلف حقوق را به فقه گره زد.

با این همه، مراجعه به دستاوردهای فقهی در حقوق سودمند است: از آنجایی که مطالعات فقهی خارج از تجربیات روزانه او نیست و با توجه به پویایی جامعه اسلامی، فقه متناً تاویل احکام دقیق و ظریفی شده است، که گاهی از سرمشق غربی نظام حقوقی ما پیش می‌گردد و فروعات بیشتری را نسبت به آن برایمان فراهم می‌سازد. استفاده از تجربیات فقهی به دلایلی مراجعه به منابع بومی، به حقوق‌دان ایرانی اعطای حس اعتماد به نفس می‌دهد و دستار آن، به دلیل شیوه بیان و مطالعه در زمینه اجتماعی و تاریخی جامعه بومی، درک آن بر او آسان‌تر است و بر این اساس، هم مایه رشد حقوق و هم سبب بالندگی حقوق‌دان ایرانی است. ناگفته نماند که این نگاه از دریچه مطالعات حقوقی و نه شرعی است. پس باید از مطالعه حقوقی که در همه جوامع معاصر، به ویژه ایران رایج است. دلیل این نگاه به فقه نیز در این نهفته که در زمان کنونی ناگزیر از استفاده عرفی از فقه هستیم؛ یعنی فقه را در چارچوب و زمینه حقوق عرفی به‌کارگیریم و با توجه به سود و زیان آن استفاده‌ای و اخلاقی، حکم را با قوانین و عرف جامعه تطبیق دهیم.

برای این همراهی، گاهی قوانین موضوعه ایران نیز به گونه‌ای را ارایه داده است: هرگاه قاضی مجتهد است و قانون حاکم بر دعوایی را مشروعیت ندارد می‌تواند از صدور رأی در دعوا امتناع نماید. این حکم قانونی، تأیید همراهی مسالمت‌آمیز شرع و عرف در نظام حقوقی ایران است.

به طور خلاصه، وظیفه نویسنده حاضر کوشش در پی یافتن سودمندترین و اخلاقی‌ترین احکام از میان احکام حقوقی، فقهی و خارجی است که بیشترین انطباق را با قوانین موضوعه ایران دارد؛ احکامی که می‌تواند در قالب این نظام حقوقی به عمر خویش ادامه دهد و شاخه‌ای بر این تنه تنومند باشد. پس، از آنجایی که قوانین موضوعه کشوری منطبق با موازین اسلامی است، عمل مذکور تنها از این جهت شرعی است. بنابراین، همانند سایر حقوق‌دانان ایرانی، روشی را برگزیده‌ایم که همانند متن

شرعی با فقه برخورد نمی‌کند، بلکه آن را متن سنتی می‌داند که در تاریخ حقوقی کشور جاری بوده و هم‌نوا با ذهن و رفتار مردمان وطن است.

به هر حال، نحوه نگرش و جمع‌آوری منابع از این سرچشمه می‌گیرد که در وهله نخست، دید فایده‌گرایانه بر مباحث داریم؛ یعنی، با تجربه اندکی که در اعمال قواعد حقوقی دریافته‌ایم، اثرات مثبت یا منفی اقتصادی، اخلاقی و... پذیرش نهاد را بر حقوق ایران فرض گرفته و سپس آن را می‌پذیریم، رد می‌کنیم یا بیشتر بحث می‌نماییم. در کنار این نگاه، طبیعت بشر و اصول عدالت غافل نیستیم و در جایی که تردیدی نسبت فایده‌نگاری نظریه باشد، دیدی همانند حقوق‌دان طبیعی داریم و آن را با اخلاق معیار می‌گیریم و به پذیرش آن اقدام می‌نماییم. در این راه، هیچ‌گاه از عرف جامعه و مقررات حقوقی ایران غافل نیستیم و سعی می‌کنیم راه حلی را بپذیریم که بیشترین تطبیق را با قانون اساسی کشور و سایر مقررات حاکم، به ویژه عرف جامعه داشته باشد. در اینجا است که از مباحث حقوقی نیز غافل نیستیم و روش پیش‌گفته را پی می‌گیریم.